

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X200308149

UDC_____

罪
数
疑
难
问
题
研
究

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

罪数疑难问题研究

The study of the problem in the crime numbers

徐
文
成

徐 文 成

指
导
教
师
:
何
承
斌
副
教
授

指导教师姓名: 何承斌 副教授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2006 年 11 月

论文答辩时间: 2006 年 月

学位授予日期: 2006 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

厦
门
大
学

2006 年 11 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ☒ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

内 容 提 要

罪刑法定不仅是指量刑幅度的法定,更重要的是罪的法定,包括罪数的法定。我国现行刑法总则没有对罪数形态和处罚原则作明确规定,刑法分则又有大量涉及具体的罪数形态的规定,这些规定相当部分与传统的罪数理论相左,导致司法认定和理论界在这些方面较易产生分歧、争议。明确罪数形态的司法认定标准及制定相应的合理的处罚原则是必要且紧迫的,系构筑和谐社会当务之急的问题。本文共分五大部分进行阐述:

第一部分用列举的方式,通过比较刑法分则部分具体条文的前后矛盾或明显不协调的情况,说明刑法分则在处理罪数形态上存在不连贯、不统一、不协调性。

第二部分通过对罪数形态判断标准的各种学说的介绍与评析,得出在我国将犯罪构成作为罪数判断标准有其科学性和合理性。

第三部分在利用犯罪构成标准之前必须先对犯罪构成下的各构成要件元素作出界定、评价,而且并非所有的犯罪构成要件要素在判断罪数中都起着等量齐观的作用,本文着重介绍了犯意、危害行为、危害结果三个要素。

第四部分是本文的重点,详细分析了牵连犯、想象竞合犯、转化犯、继续犯和吸收犯的定义及其罪数实质,并借助相应刑法分则具体条文进行分析,说明刑法分则在上述罪数形态的认识、把握、运用上存在或多或少的缺陷,在此基础上,笔者就具体条文的修改给出了个人意见。

第五部分根据上述分析笔者从整体上给刑法在修正罪数理论方面提供一个方向性的意见。

作为法律的实践者,法官首要的是践行罪刑法定原则,但实定刑法,如其施行将会或确已产生弊端,法官也应当思索、呼吁,为了妥当惩治犯罪人,也为了保护被告人合法权益;为了法律能止于至善,更为了实现社会公平正义。

关 键 词: 罪刑法定; 罪数形态; 处断原则

Abstracts

The legal principle of crime and punishment not only means legal sentencing range, but more importantly legal crime, which includes legal crime numbers. The current General Principles of Criminal Law of China have no clear provisions for crime numbers and principles of punishment, but the Sub of Criminal Law has a lot of clauses referring to concrete crime numbers provisions which crime numbers. Quite a number of these provisions are inconsistent with traditional crime numbers theories, which induces divergence and arguments in judicial recognition and among theorists. It's both necessary and pressing to clarify the standard of judicial recognition for crime numbers and to formulate relevant appropriate principles of punishment. It's urgent affairs for the establishment of harmonious society. This article has five major sections:

Chapter I with an enumerative method. By comparing and displaying the contradiction and inconsistency among certain clauses in the Sub of Criminal Law, it seeks to illuminate the arbitrariness of the Sub of Criminal Law in dealing with crime numbers without consistency, oneness and harmony.

Chapter II section analyses that the establishment of a crime number standard is on the basis of crime numbers forms. By introducing and commenting on different doctrines, it concludes that in China it's proper and reasonable to make elements of crime the standard of judgement.

Chapter III makes elements of crime the standard of judging crime numbers, but before using this standard, we must define and evaluate all elements of crime first. However, not every element of crime plays the same role in the judgement of crime numbers. This article focuses on three elements: intents of crime, harmful deeds and harmful results.

Chapter IV is the most important part of this article. It analyzes in detail the definition of implicated offence, imaginative concurrent offence, conversion offence, continuous offence and absorption offence, as well as their respective essential of crime numbers. It also analyzes the relevant clauses in the Sub of Criminal Law. It seeks to reveal defects in the cognition, grasp and use of the Sub of Criminal Law.

Against this background, the author give some advice on the amendment of certain specific clauses.

Chapter V sets out the insufficiency of the Sub of Criminal Law. The author give some guidelines on the amendment of Criminal Law.

As a legal practicer, a judge should firstly obey the pinciple of legal crime and punishment. If its implementation will produce or have already produced drawbacks, then a judge should think and call out, for the protection of defendants' legal rights, for the appropriate punishment of criminals, for the perfection of law, and more importantly, for the achievement of social equity and justice.

Key words: The principle of crime and punishment; The crime number forms;
The principle of the punishment

目 录

前 言	1
第一章 刑法分则不和谐的罪数规定	2
一、有组织犯罪的数罪并罚问题	2
二、重伤、死亡结果对罪数确定的不同规定	2
三、类似情节不同罪数处断原则的规定	3
四、前后矛盾影响罪数协调性的相关规定	3
五、法条表述不清，易产生罪数争议的罪数条款	4
第二章 罪数判断标准的确定	5
一、法益说或者结果说	5
二、行为说	5
三、犯意说或主观说	6
四、犯罪构成标准说	6
第三章 罪数形态视野下的犯罪构成元素及其作用	8
一、有关犯意确定及其在罪数形态中的影响	8
二、关于危害行为界定及其在罪数形态中的意义	9
三、关于危害结果的认定及其在罪数形态中的地位	10
四、影响罪数形态的其他因素	11
第四章 特殊罪数形态简介及相应立法例分析	13
第一节 牵连犯的罪数选择及立法例分析	13
一、牵连犯的定义与特征	13
二、牵连犯的处断原则争议及评析	15
三、相应立法例分析	17
第二节 想象竞合犯的罪数选择及立法例分析	19
一、想象竞合犯的定义与特征	19
二、想象竞合犯的罪数本质及评析	20

三、立法例及分析	23
第三节 转化犯的罪数形态选择及立法例分析	25
一、转化犯的定义	25
二、转化犯的罪数形态及评析	28
三、立法例及分析	30
第四节 连续犯的罪数选择及立法例分析	31
一、连续犯的定义及特征	31
二、连续犯的罪数形态及问题评析	32
三、立法例及分析	33
第五节 吸收犯的罪数形态及评析	34
一、吸收犯的定义	34
二、吸收犯的罪数形态及评析	36
三、立法例及评析	36
第六节 其他特殊的罪数形态	38
第五章 修正刑法分则条文的设想	39
一、修正立法指导思想	39
二、坚守一个系统的刑法理论并完善之	39
三、系统一致的司法解释	39
四、必要的刑法修正案	40
结 束 语	41
参考文献	42

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 The contradiction and inconsistency among certain clauses in the Sub of Criminal Law.....	2
Subchapter 1 The problem of the co-punishment of the organizational crime.....	2
Subchapter 2 The different provision of crime numbers involving the result of the serious hurt and dead.....	2
Subchapter 3 The provision of the different punishment principle of the similar crime.....	3
Subchapter 4 The related provision of the crime numbers consistence effected by the contradiction.....	3
Subchapter 5 Specific clauses involving divergence and arguments of the crime numbers.....	4
Chapter 2 Establishment of a crime number standard	5
Subchapter 1 The doctrine of legal benefits or results.....	5
Subchapter 2 The doctrine of deeds.....	5
Subchapter 3 The doctrine of subjection or intents of crime	6
Subchapter 4 The standard doctrine of crime element.....	6
Chapter 3 The crime element and effectation under the visual field of the crime number	8
Subchapter 1 The establishment of the intents of crime and the effectation in the crime number forms	8
Subchapter 2 The judgement of the harmful deeds and the meanings in the crime number forms	9
Subchapter 3 The cognizance of the harmful results and the status in the crime number forms	10
Subchapter 4 Other elements effecting the crime number forms	11
Chapter 4 The introduction of the special crime number forms and the analysis of related legal clauses	13

Subchapter 1	The crime numbers choice of the implicated offence and the analysis of the related clauses	13
Section 1	the definition and character of the implicated offence	13
Section 2	the arguments of the punishment principle of the implicated offence and its analysis	15
Section 3	the analysis of the related legal clauses.....	17
Subchapter 2	The crime number choice of the imaginative concurrent offence and the analysis of the related clauses	19
Section 1	The definition and character of the imaginative concurrent offence	19
Section 2	The arguments of the punishment principle of the imaginative concurrent offence and its analysis	20
Section 3	The analysis of the related legal clauses	23
Subchapter 3	The crime number choice of the conversion offence and the analysis of the related clauses	25
Section 1	The definition of the conversion offence.....	25
Section 2	The arguments of the punishment principle of the conversion offence and its analysis	28
Section 3	The analysis of the related legal clauses	30
Subchapter 4	The crime number choice of the continuous offence and the analysis of the related clauses	31
Section 1	The definition and character of the continuous offence	31
Section 2	The arguments of the punishment principle of the continuous offence and its analysis	32
Section 3	The analysis of the related legal clauses	33
Subchapter 5	The crime number choice of the absorption offence and the analysis of the related clauses	34
Section 1	The definition of the absorption offence	34
Section 2	The arguments of the punishment principle of the absorption offence and its analysis	36
Section 3	The analysis of the related legal clauses	36
Subchapter 6	Other special crime number forms	38
Chapter 5	The tentative plan of the amendments of clauses	

CONTENTS

of the Sub of Criminal Law	39
Subchapter 1 Amending legislative directive ideas	39
Subchapter 2 Persisting in a systemic criminal theory and making it perfect ..	39
Subchapter 3 The consistent judicial explanation	39
Subchapter 4 The nessesary Amendments of Criminal Law	40
Conclusion	41

厦门大学博硕士论文摘要库

前 言

罪数形态是一个十分复杂的理论，它不仅涉及牵连犯、想象竞合犯、转化犯等罪数形态概念的内涵、外延界定，及至于这些概念之间的区分、所属层次的确定。牵连犯、想象竞合犯、转化犯、继续犯、吸收犯等罪数形态概念之间存在太多太多的交叉、重合，甚至相互排斥，于是，在理论界牵连犯存废之争、吸收犯存废之争、想象竞合犯存废之争、转化犯定义及范围大小之争等争议此起彼伏，彻底理清这些概念及其罪数实质是艰巨而且困难的。理论上认识的不统一源于不同法系罪数理论的冲击，加上犯罪的无限性，加剧了不同罪数理论各自蕴含的不足更加突显，进而导致谁也不能独守其缺。

立法活动很大程度取决于理论认识水平高低，在无法统一的罪数理论指导下的刑事立法，其所制定的刑法分则条文必定存在不协调的情况，这种情况可能存在于单一法条之中，更可能存在于不同法条之间；可能是潜在的，也可能是明显的，甚至是莫名其妙的如第 204 条第 2 款。

笔者试图通过从罪数判断标准这一起点对罪数理论进行澄清，但囿于学识，无法系统、全面地分析所有罪数形态的概念及其罪数实质；在分析立法例中也是挂一漏万，只能将对应类型中某一典型的立法例之不妥作摘要式的分析，并提出浅溥建议，只期能抛砖引玉。

第一章 刑法分则不和谐的罪数规定

罪刑法定原则的确立不应当成为立法者恣政和恣意枉为的原因,更不应该成为司法者简单粗暴执法的籍口,任何造成罪责刑不相适应的立法和执法都是与自然法则相矛盾的,甚至可能被归入“恶法”范畴;因为“刑罚是实现刑事责任的一种主要手段,以道义非难可能性为核心和实质的责任观下的刑罚必然表现出伦理的品性,超过犯罪分量的具有不平等性的刑罚都是非正义的刑罚,也是苛酷的刑罚”。^①和谐的社会需要和谐的社会机制,更需要和谐的法律,目前我国刑法理论上的不确定性、不系统性,加之社会经济、政治、文化等非法治因素的深刻影响,通过不成熟的立法技巧反映在刑法分则中便是诸多的条文之间的不和谐、不一致,^②尤其是在复杂的罪数形态中更是如此。

一、有组织犯罪的数罪并罚问题

刑法第120条第2款规定“犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚”,同样第294条第3款规定“犯前两款罪又有其他犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚”。有学者认为组织、领导、参加恐怖组织之后,又实施杀人、爆炸、绑架等罪,包含牵连犯的情形,实行数并罚。^③有组织地实施杀人、爆炸、抢劫等恶性犯罪是恐怖组织犯罪和黑社会性质组织犯罪的基本特征或者说是其必然的要求,是必定的危害行为延伸,杀人、爆炸等犯罪行为成为其达到制造恐怖或形成黑社会目的的手段,牵连关系十分明确,立法者何以不按牵连犯的处罚原则处断而要求数罪并罚。相反,刑法第300条第3款规定组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女、诈骗财物的分别按强奸罪和诈骗罪定罪处罚,此时则严格按牵连犯原则处断。

二、重伤、死亡结果对罪数确定的不同规定

一方面立法将此时的犯罪行为根据转化犯原则转化为故意伤害罪、故意杀人

① 许发民.刑法的社会文化分析[M].武汉:武汉大学出版社,2004.286.

② 刘树德.宪政维度的刑法思考[M].北京:法律出版社,2002.180—187:该文以“罪刑规范均衡原则的立法背离”的标题揭示现行刑法中存在数个刑法规范与其立法的历史背景及其与相关规范之间的不协调统一和无序不平衡.

③ 胡云腾、刘树德.刑法若干条款罪数形态之分析[J].现代法学,2005,(5):141.

罪，如：第 238 条第 2 款非法拘禁致人重伤死亡、第 247 条司法工作人员刑讯逼供或暴力取证致人伤残死亡、第 248 条监管人员殴打体罚虐待致人伤残死亡的、第 289 条聚众打砸抢致人伤残死亡的、第 292 条第 2 款聚众斗殴致人重伤死亡的、第 333 条非法组织他人卖血造成伤害的；另一方面又有规定为结果加重犯而将致人重伤、死亡作为从重情节的，如：第 236 条第 5 项强奸致人重伤死亡的、第 318 条第 1 款第 3 项组织他人偷越国（边）境造成被组织人重伤死亡的等；还有将重伤（或伤残）死亡作为一般情节的，如第 300 条第 2 款利用邪教组织、会道门或迷信蒙骗他人致人死亡，以及在危害公共安全罪这类罪中多将伤残死亡作为一般情节。同样的加重情节或者说致害结果，却被赋予不同的法律评价。

三、类似情节不同罪数处断原则的规定

在刑法第 157 条第 2 款将暴力、威胁方法抗拒缉私的规定为按走私罪与妨害公务罪实行数罪并罚，而第 347 条走私、贩卖、运输、制造毒品罪则将“以暴力抗拒检查、拘留、逮捕”作为加重情节，两款不论从基本犯的性质程度，还是暴力抗拒国家工作人员执行公务方式都十分相似，但令人十分费解的是为何立法者会作出前后截然不同的规定。

四、前后矛盾影响罪数协调性的相关规定

刑法第 360 条第 2 款“嫖宿未满十四周岁的幼女的”与第 236 条第 2 款“奸淫不满十四周岁的幼女的”，不论理论界还是司法实务均一致认为未成年幼女的性权利和身体健康权应当受到特殊保护，凡与其发生性关系的，不论该幼女是否出于自愿，即性行为是否违反其意志在所不问，一律认定强奸罪，但立法却规定了不同的罪名，由此导致了不同的法律评价。

类似不协调的条文还有：第 240 条第 1 款第 3 项奸淫被拐卖的妇女的、第 4 项诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫的和第 241 条第 2、4 款收买后强行与被拐卖的妇女发生性关系的，立法上将前者作为情节加重犯从重处罚，而后者却要求数罪并罚，其立法原则让人无法理解。从行为联系上看，前两款的行为之间不存在任何牵连、吸收、竞合等交叉重合关系，奸淫或诱骗强迫被拐卖妇女卖淫与拐卖行为各自独立，无论何种角度都不能得出其中一个行为是另一行为的附带情节，应当成立罪数；后一款如果说收买被拐卖妇女是为了与之发生性关系或者具有在

“行为人主观上认识的事实婚姻状态下发生的性关系”的目的，至少在现实中是普遍的，两行为之间存在手段与目的的牵连关系，自不应罪数并罚，同理还有收买人非法限制被拐卖妇女的人身自由也是存在牵连关系的，但第 241 条第 3、4 项却将此情况规定为应当数罪并罚的情形。

五、法条表述不清，易产生罪数争议的罪数条款

刑法第 358 条第 4 项将“强奸后迫使卖淫的”作为组织或强迫卖淫罪的从重情节，该条款如果理解为将强奸作为迫使被害人卖淫的手段，那么本条款没有争议，问题是单纯从“强奸后迫使卖淫的”的文义解释，认定构成强奸罪与强迫卖淫罪，数罪并罚恐怕少有人会提出异议的。

类似上述诸多不和谐规定的主要原因在于立法者对罪数理论把握、认识的不深刻、不一致，尤其是对个别学术界争议大的特殊罪数形态，本文将以此为线索展开论述。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库